

## ***2. Droit des personnes & de la famille***

---

Par Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences en droit privé à l'Université de La Réunion,

Avec la collaboration d'Eléonore CADOU, Maître de conférences en droit privé à l'Université de La Réunion et de Virginie FRAISSINIER, Docteur en droit

### **2.1. DROIT DES PERSONNES**

#### **2.1.2. Protection de la personnalité – Droit à l'image**

**Droit à l'image - Vie privée – Droits distincts (oui) – Atteinte au respect de la vie privée (non) - Atteinte au droit à l'image (oui) - Responsabilité**

Cour d'appel de Saint-Denis, 14 mars 2008 (Arrêt n°06/01289)

*Virginie FRAISSINIER, Docteur en droit – Ancienne ATER à l'Université de La Réunion*

« *L'image d'une personne est un peu le reflet de son âme, de sa personnalité profonde* » (D. Aquarone, « L'ambiguïté du droit à l'image », *D.*, 1985, p. 129). Il ne saurait alors être question que l'image d'une personne soit utilisée dans des conditions de nature à altérer aux yeux du public la personnalité de la personne représentée. A défaut, la victime doit pouvoir obtenir réparation. C'est dans ce contexte que les juges dionysiens ont été appelés à trancher l'affaire qui leur était soumise. En l'espèce, une jeune femme pose pour des photos et donne alors son accord verbal pour la publication d'une de ses photos dans un magazine destinée à illustrer un article sur la femme malbaraise à La Réunion. Quelques années plus tard une des photos paraît dans ledit magazine en illustration d'un article tenant des propos péjoratifs et déshonorants pour les femmes malbaraises. Madame X et son époux saisissent le TGI. Ils demandent, en faveur de la requérante, le versement de dommages et intérêts, d'une part pour atteinte à son droit à l'image à hauteur de 40000 euros, et, d'autre part, pour atteinte au respect de sa vie privée, là encore à hauteur de 40000 euros. Ils demandent également, en faveur du requérant, la somme de 20000 euros à titre de dommages et intérêts pour atteinte au respect de sa vie privée et préjudice moral. Le TGI, par jugement rendu le 23 août 2006, a condamné la société de presse à payer à madame X la somme de 9000 euros à titre de dommages et intérêts pour atteinte à son droit à l'image. Les requérants sont déboutés de leurs autres demandes. Ils interjettent appel et reformulent les mêmes demandes qu'en première instance.

Cette décision soulève plusieurs questions. D'abord quels sont les contours du droit au respect de la vie privée et ceux du droit à l'image ? Ensuite, comme le suggère la demande, droit à l'image et droit au respect de la vie privée sont-ils des droits distincts, aux sources de préjudices distincts ouvrant droit alors à des réparations distinctes ? Et, si tel est le cas y avait-il en l'espèce atteinte au droit à l'image et au droit au respect de la vie privée de nature à indemniser la plaignante ? Enfin, la revendication du conjoint qui se plaignait d'une atteinte au droit au respect de sa vie privée était-elle justifiée ?

**1/ Contours du droit au respect de la vie privée et du droit à l'image.** L'une des difficultés à appréhender le droit au respect de la vie privée et le droit à l'image repose sur le fait

qu'aucun texte ne définit ces notions (V. A. Bertrand, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Paris, Litec, coll. Responsabilités, 1999, 222 p.).

Les concepts de vie privée et droit à l'image sont relativement récents. Avec la Révolution française qui pousse à l'individualisme et la révolution industrielle qui marque les progrès de la presse, s'affirme une volonté grandissante de protection des citoyens. Cette protection leur est accordée alors par le biais des règles de la responsabilité civile : pendant des années, les tribunaux, en se basant sur l'article 1382 du Code civil, vont accorder réparation aux victimes de divulgations fautives de leur vie privée ou de leur image. Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, s'est peu à peu dégagée la théorie des droits de la personnalité. L'introduction de l'article 9 du Code civil par la loi du 22 juillet 1970 pose le principe selon lequel « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Le texte n'en dit pas plus et laisse le soin à la doctrine et aux tribunaux de dessiner les contours de la notion.

Pour la doctrine, la vie privée peut être définie comme étant « la sphère secrète de la vie d'où l'individu aura le pouvoir d'écarter les tiers » (J. Carbonnier, *Droit civil / Les personnes*, Paris, P.U.F., 2000, p. 156), « la sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié. (...) avec, au profit de chacun, la reconnaissance d'une zone d'activité qui lui est propre, et qu'il est maître d'interdire à autrui » (J. Rivero, *Les libertés publiques*, Paris, P.U.F., tome 2, 2003, p. 76). Le principe est surtout de protéger la vie privée des individus contre les ingérences des particuliers, notamment de la presse. Reste à déterminer alors ce qui entre ou non dans ce qu'il convient d'appeler la sphère de la vie privée. La jurisprudence, dans une décision relativement ancienne, a énuméré de manière générale comme faisant partie des éléments de la vie privée, la vie amoureuse, sentimentale et sexuelle, les relations conjugales et familiales, les ressources et les aspects non publics de la vie professionnelle, ainsi que les loisirs (TGI référé, Grasse, 27 février 1971, JCP, 1971.II.16734 ; V. S. Dupuy-Busson, « Le droit à l'image en question », *Gaz. Pal.* n°323, 18 novembre 2008, p. 6). A ces éléments, largement repris depuis ont été ajoutés les convictions philosophiques et religieuses (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2001, *Bull. civ. I*, n° 60) ainsi que l'état de santé.

A la différence de la vie privée, qui trouve une assise dans l'article 9 du Code civil, le droit à l'image s'est organisé sans texte précis. Tantôt rattaché au droit de propriété, tantôt au respect de la vie privée, tantôt aux droits de personnalité, le droit à l'image s'est forgé au gré des décisions jurisprudentielles. A leur lecture, il ressort que ce droit correspond au droit que chacun possède sur la reproduction de sa propre image et est fondé à en autoriser ou non la publication. La Cour de cassation a ainsi posé le principe que « *toute personne au droit au respect de son image* » (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 janvier 1971, affaire Gunther Sachs, *Bull. civ. II n°4*), et les juridictions du fond rappellent fréquemment que « *toute personne a, sur son image et sur l'utilisation qui en est faite, un droit exclusif* » (CA Paris, 14 mai 1975, *D.*, 1976, p. 291, note Lindon ; TGI Paris, 24 septembre 1976, *JCP*, 1977.IV.257 ; TGI Nancy, 15 octobre 1976, *JCP G*, 1977.II.18526, note R. Lindon ; CA Versailles 21 mars 2002, *D.*, 2002, p. 2374, obs. Caron) ou encore que « *le droit à l'image, droit de la personnalité, permet à toute personne de s'opposer à la publication, sans son autorisation expresse et spéciale, de photographies la représentant* » (TGI Paris, 22 septembre 1999, *Comm. com. électr.*, 2000, comm. 59, note A. Lepage).

**2/ Autonomie du droit à l'image** ? L'autonomie du droit à l'image a été mise en avant lorsque le 16 juillet 2003 un groupe de députés a déposé au Parlement une proposition de loi « *visant à donner un cadre juridique au droit à l'image et à concilier ce dernier avec la liberté d'expression* ». Il était suggéré d'introduire dans le Code civil un article 9-2 disposant que : « *chacun a droit à l'image sur sa personne. ...* ». Pour l'heure la loi n'a toujours pas vu le jour.

De son côté, la doctrine est restée partagée sur le point de savoir si le droit à l'image est autonome par rapport au droit au respect de la vie privée ou s'il en constitue un aspect. Certains auteurs font remarquer que le droit à l'image est étroitement lié au droit au respect de la vie privée : par exemple, pour B. Beignier, « *le droit à l'image se confond toujours avec le droit à la protection soit de la tranquillité de la vie privée soit de la dignité humaine* » (*Le droit de la personnalité*, coll. Que sais-je, n°2703, p. 62 ; voir également R. Lindon, (*Dictionnaire juridique, les droits de la personnalité*, Paris, Dalloz, 1983, p. 296). D'autres auteurs, au contraire, estiment qu'il faut considérer le droit à l'image et le droit au respect de la vie privée de manière indépendante (R. Badinter, « Le droit au respect de la vie privée », *JCP*, 1968.I.2136 ; R. Nerson, *RTD Civ.*, 1971, p. 117 ; M. Serna, *L'image des personnes physiques et des biens*. Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, série Recherches, Économica, 1995, p. 45 ; G. Loiseau, « L'autonomie du droit à l'image », *Légicom n°20*, 1999/4, p. 71 et s. ; M. Cornu et N. Mallet-Poujol, « Le droit de citation audiovisuelle : légitimer la culture par l'image », *Légicom n° 16*, 1998/1, p. 140). Récemment, un auteur, répondant à la question « *pourquoi mêler vie privée et image d'une personne ?* » estimait qu'« *il s'agit en fait de deux ensembles à la fois autonomes et interdépendants par intersection de leur champ d'application* » (T. Hassler, « Images et vie privée sous la loupe des médias », *Actualité Juridique Famille*, 2008, p. 184). Selon nous, les définitions données au droit au respect de la vie privée et au droit à l'image tendent à distinguer les deux droits. Le premier vise à protéger les événements de la vie personnelle d'une personne et reste confiné à l'espace privé. Le second vise à interdire la reproduction de l'image d'une personne sans son consentement et à en protéger toute altération. Cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas d'interférences entre les deux, mais ils ne se confondent pas.

La jurisprudence, quant à elle, semble hésitante et offre une réponse ambiguë. La tendance majoritaire penche vers l'existence d'un lien entre les deux droits. Cette tendance se comprend aisément lorsque l'image concourt à la violation du droit au respect de la vie privée, lorsqu'elle permet la divulgation d'un ou plusieurs éléments de la vie privée. En effet, une photographie porte nécessairement atteinte à la vie privée au moment de sa publication lorsqu'elle révèle au public des éléments intimes de la personnalité ou de la vie privée (Cass. civ. 2ème, 25 novembre 2004, *D.*, 2004, p. 3197). Il est à cet égard symptomatique de rappeler que les termes mêmes de « *respect de la vie privée* » ont été exprimés pour la première fois en France, en 1858, à propos de la publication de l'image d'une célèbre actrice sur son lit de mort (Tribunal civil de la Seine, 16 juin 1858, *D. P.*, 1858.3.62., Affaire connue sous le nom « d'affaire Rachel »). Il existe également des liens, certes plus diffus, lorsque l'image d'une personne, sans être attentatoire à son intimité, est publiée pour illustrer un article touchant à sa vie privée. Les liens entre droit à l'image et droit au respect de la vie privée peuvent enfin être inexistant, une atteinte au droit à l'image pouvant être constatée sans pour autant que ne soit violé le droit au respect de la vie privée. En ces cas, la jurisprudence a une attitude plus équivoque. Dans certaines décisions elle fait référence au droit au respect de la vie privée, utilisant le fondement de l'article 9 du Code civil, pour attribuer des dommages et intérêts aux victimes d'atteinte au droit à l'image alors même que le lien avec la vie privée n'est pas établi (Cass. civ. 1ère, 13 janvier 1998, *Bull. civ. I n°14* ; Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1998, *Bull. civ. I n°259* ; *D.*, 1999, p. 541, note Saint-Pau, cet auteur affirmant alors que le respect de la vie privée semble devenir la « *matrice des droits de la personnalité* » ; CA Paris, 16 février 2001, *Gaz. Pal.*, 15-16 mai 2002, somm. p. 22). Dans le même temps, elle reconnaît que droit au respect de la vie privée et droit à l'image peuvent être distincts. Les juges du fond ont ainsi estimé que « *la publication d'une photographie d'une personne, sans son consentement constitue une atteinte au droit à l'image, doublée d'une atteinte à la vie privée par la révélation de sa présence à une réunion d'homosexuels* » (TGI Paris, 2 mars 1988, *Juris data n°040418* ; voir également CA Toulouse, 24 mai 2005, *Légipresse n° 223*, I). La Cour de cassation se prononce expressément dans le même sens et ce sur le fondement de l'article 9 du Code civil : « *l'atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun sur son image constituent des sources de préjudice*

*distinctes ouvrant droit à des réparations distinctes* » (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 décembre 2000, *Bull. civ. I n°321* ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2005, *Bull. civ. I n°206* ; *RTD civ.*, 2005, p. 572, obs. J. Hauser).

Reconnaître l'autonomie du droit à l'image, c'est reconnaître que lorsqu'une image porte à la fois atteinte à la vie privée et au droit que toute personne a sur sa propre image, celle-ci aura vocation à intenter une action cumulative et à percevoir deux fois des dommages-intérêts, chaque atteinte étant répréhensible en soi. Dans l'espèce rapportée, c'est, en substance, ce que réclamait la plaignante. Elle demandait à la fois réparation pour atteinte à son droit à l'image et atteinte à sa vie privée. Sur le principe, les juges dionysiens répondent favorablement en décidant que « *le respect dû à la vie privée et celui dû à l'image constituent effectivement des droits distincts et des sources de préjudices distinctes ouvrant droit à des réparations distinctes* ». Ils devaient donc caractériser l'atteinte au droit à l'image et l'atteinte au droit au respect de la vie privée afin de déterminer si la requérante avait droit à deux réparations.

**3/ Caractérisation de l'atteinte au droit à l'image ?** L'atteinte au droit à l'image se caractérise par deux traits principaux.

En premier lieu, l'atteinte est caractérisée à condition que la personne dont l'image est publiée soit reconnaissable (à défaut de possibilité d'identification de la personne représentée, l'atteinte à l'image n'est pas constituée : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 2005, *D.*, 2005, p. 1380 ou encore Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2006 : *Bull. civ. I n°170* ; déjà TGI Lyon, 18 juin 1976, *JCP*, 1978. II. 18900, qui affirme qu'« *en l'absence d'identification, le droit à l'image n'est pas appelé à jouer* » ; TGI Paris, 2 juin 1993, *Gaz. Pal.*, 1, p. 133). Dans l'espèce soumise aux juges de la Cour d'appel de Saint-Denis, bien que ce ne soit pas madame X, en tant que telle, qui est représentée, mais une femme malbaraise en sari, il n'en demeure pas moins que la requérante est incontestablement identifiable. La première caractéristique d'une atteinte au droit à l'image était constituée.

En second lieu, il y a atteinte au droit à l'image d'une personne lorsque cette dernière n'a pas donné son consentement à la fixation et à la publication de son image. Exceptionnellement, la reproduction de l'image d'une personne est licite, y compris en l'absence de consentement, lorsqu'il s'agit d'assurer le plein exercice de la liberté d'expression et de la liberté de la presse, l'image venant illustrer un sujet d'actualité dans lequel la personne est impliquée (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, *Bull. civ. I n°42*, concernant l'attentat du RER Saint-Michel : « *la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement* » ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 24 avril 2003, *Bull. civ. II n°114* ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 30 juin 2004, *Bull. civ. II n°341*). L'importance de l'actualité et de l'information qui doit être véhiculée justifie la violation du droit à l'image. Le même raisonnement vaut lorsque l'image d'une personne illustre une affaire judiciaire dans laquelle cette dernière est impliquée (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 2001, *Bull. civ. I n°222*). Pour le reste, la nécessité d'une autorisation est de mise. Par ailleurs, lorsqu'une personne donne son consentement, celui-ci doit être limité à l'objet prévu à l'origine lors du consentement. Les juges du fond ont pu considérer que « *la personne qui autorise un tiers à reproduire son image n'autorise pas pour autant cette reproduction dans un but différent de celui primitivement prévu et conserve toujours le droit de faire respecter sa personnalité et limiter l'usage qui pourrait être fait de son image* » (TGI Seine, 22 mars 1966, *Gaz. Pal.* 1966, p. 131, 1<sup>er</sup> espèce). En d'autres termes, l'image ne doit pas être utilisée hors du contexte pour lequel sa reproduction a été autorisée (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mai 2000, *D.*, 2001, p. 1989, obs. L. Marino : la Cour sanctionne un journal dès lors que cette publication « *ne respectait pas la finalité visée dans l'autorisation donnée par l'intéressé* » ; voir également Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 2007, *Bull. civ. I n°236* : la Cour décide que la publication de l'image utilisée dans une

perspective différente de celle pour laquelle elle avait été réalisée, exige le consentement spécial des intéressés). A défaut, il y a utilisation abusive de l'image car elle est détournée de son sens ou dénaturée. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le contexte dans lequel l'image est utilisée est de nature à dévaloriser et altérer aux yeux du public la personnalité de la personne représentée. Les juges sont par conséquent invités à procéder à une interprétation stricte et vérifier la finalité visée dans l'autorisation donnée par l'intéressé.

Dans l'espèce rapportée, un consentement verbal avait été donné quelques années auparavant par la personne photographiée. Or, si la personne a consenti à la publication de son image pour illustrer un article, elle ne l'avait pas fait pour un article contenant des propos pouvant blesser les femmes de la communauté malbaraise décrites comme des femmes faciles à la recherche de mariages avec des hommes métropolitains, auxquelles elle pouvait s'identifier. L'association entre l'article relatif aux femmes malbaraises, contenant des propos péjoratifs à leur égard, et la photographie de la plaignante, donne une représentation de cette dernière inexacte, de nature à lui porter préjudice. Les juges dionysiens prennent soin de préciser qu'aucun élément n'établit le consentement préalable de Madame X à l'utilisation de son image dans ce contexte particulier. La seconde caractéristique d'une atteinte au droit à l'image était constituée.

A la suite de l'ensemble de ces constatations, la Cour d'appel de Saint-Denis a justement retenu que l'atteinte au droit à l'image de madame X était établie et que sa demande tendant à se voir indemniser d'un préjudice consécutif à cette atteinte doit être accueillie.

**4/ Caractérisation de l'atteinte au respect de la vie privée ?** La Cour d'appel de Saint-Denis devait rechercher si la publication de l'article relatif aux femmes malbaraises et/ou la photographie de la plaignante étaient de nature à porter atteinte au droit au respect de sa vie privée. Pour reconnaître l'existence d'une telle atteinte, il faudrait que l'un ou l'autre révélât des éléments de la vie personnelle de madame X. Or, rien, dans l'article, ne faisait expressément référence à la vie personnelle de la requérante. Il s'agissait en effet d'un article générique sur les femmes malbaraises, non sur madame X en particulier. De même, la photographie qui représente madame X n'est pas de nature à révéler des indices sur sa vie personnelle. La Cour d'appel estime qu'en l'absence d'éléments relatifs à la vie personnelle, l'atteinte à la vie privée n'est pas caractérisée. Elle refuse donc le droit à indemnisation sur le fondement d'une violation du droit au respect de la vie privée.

**5/ Atteinte au droit au respect de la vie privée du conjoint ?** En cas d'atteinte au droit au respect de la vie privée et/ou au droit à l'image, des dommages et intérêts sont alloués aux victimes. Pendant de nombreuses années et traditionnellement a été retenu le fondement de la responsabilité civile et l'article 1382 du Code civil. Ce fondement est aujourd'hui largement supplanté par celui de l'article 9 du Code civil. Le fondement de l'article 9 du Code civil entraîne dès lors deux conséquences particulières. La seconde intéresse particulièrement notre affaire.

En premier lieu, le droit au respect de la vie privée justifie à lui seul le droit de mettre fin à toute immixtion ou divulgation, fautive ou non, préjudiciable ou non, dans ce que l'intéressé considère comme sa vie privée (selon la Cour de cassation, « *la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* » : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 novembre 1996, *Bull. civ. I n°378* ; D., 1997, p. 403, note Laulom ; 25 février 1997, *Bull. civ. I n°73* ; 25 février 2004, D., 2004, p. 1631, note Caron) et toute reproduction de l'image d'une personne constitue une atteinte sans que ni faute, ni préjudice ne soient exigés (les juges du fond considèrent que « *la transgression du droit*

à l'image génère un préjudice dont le principe est acquis du seul fait de l'atteinte » : TGI Paris, 7 juillet 2003, *Légipresse* n°207, I).

En second lieu, droit à l'image et droit au respect de la vie privée revêtent un caractère individuel : seule la personne représentée sur l'image ou victime d'une divulgation d'un élément de sa vie personnelle peut tenter des poursuites. Les juridictions rappellent ainsi de manière constante que « la protection résultant des dispositions de l'article 9 du Code civil présente un caractère individuel et vise les seules atteintes subies personnellement par le titulaire du droit concerné ; qu'il en résulte que le droit au respect de la vie privée n'appartient qu'aux vivants et qu'il est intransmissible aux héritiers » (CA Paris, 1<sup>ère</sup>, 6 mai 1997, *D.*, 1997, p. 596, note Beignier ; TGI Paris, 18 janvier 2006 et sur appel CA Paris, 23 janvier 2009, *legifrance*). De même, « l'article 9 du code civil sanctionne l'atteinte au droit à l'image, droit de la personnalité exclusivement attaché à la personne, de sorte que l'exercice de cette action n'appartient qu'à celui dont le droit n'est pas respecté » (CA Versailles, 16 février 2006, *D.*, 2006, p. 2702). Sont donc irrecevables les demandes intentées par les héritiers ou le conjoint d'une victime de violation de son droit au respect de la vie privée ou de son droit à l'image. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Saint-Denis qui refuse tout droit à indemnisation pour atteinte au conjoint de la victime.

## **2.2. DROIT DE LA FAMILLE**

Cette sélection des arrêts de droit de la famille de la Cour d'appel de Saint-Denis du premier semestre 2008 (janvier/août) présentée sous forme d'un panorama doit permettre d'approcher de manière synthétique la jurisprudence de la chambre de la famille. La sélection a été guidée par le souci de mettre en exergue l'originalité des espèces soumises à la cour ou des solutions qu'elle a pu leur apporter mais également par l'importance pratique de certains arrêts.

### **2.2.1. Unions - mariage**

L'union matrimoniale engendre des devoirs entre les époux qui sont régulièrement réaffirmés par la Cour d'appel de Saint-Denis, le plus souvent lorsque se profile une demande de divorce pour faute. En effet, c'est la jurisprudence relative au divorce pour faute qui, non sans paradoxe, permet de préciser les contours des obligations nées du mariage.

Le rappel du devoir de secours qui s'impose aux époux ne surprend guère mais plus remarquable est l'attachement de la cour au devoir de fidélité, devoir de plus en plus contesté de nos jours, dont on remet en cause non seulement l'intensité mais également la permanence.

- **Devoir de secours entre époux et mensonge sur les ressources :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01962

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

Une pension alimentaire peut être due par l'un des époux au bénéfice de l'autre au titre du devoir de secours en l'attente du prononcé d'un divorce. Cette mesure provisoire est prévue par l'article 255, 6° du Code civil. Dans notre espèce, le montant de la pension due par le mari avait été fixé à hauteur de 110 euros par mois, l'épouse ayant fait constater son impécuniosité.

Par ailleurs, l'absence de revenus de l'épouse lui faisait échapper au versement d'une pension alimentaire au bénéfice de son fils, presque majeur, dont la résidence avait été fixée chez le père, la mère étant dans l'impossibilité matérielle de faire face à son obligation d'entretien (Art. 203 et 371-2 Cciv.). L'appelant reprochait à son épouse, devant les juges d'appel, d'avoir dissimulé qu'elle avait un emploi à la date de l'audience de non conciliation [CA SAINT-DENIS 19 AOÛT 2008 – N° RG 07/01962]. L'épouse a dû reconnaître l'existence de cet emploi mais elle a tenté de justifier l'absence de mention dans le cadre de la procédure de cet élément déterminant : elle affirme que son contrat de travail n'a pris effet que le 15 avril 2007 soit 10 jours après qu'elle ait été entendue sur commission rogatoire. Les juges d'appel ne se laissent pas abuser : ils relèvent, à juste titre, que lors que l'audience (le 9 juillet 2007), l'épouse était représentée par son avocat qui aurait dû disposer de cette information nouvelle et la communiquer au magistrat. La cour d'appel estime que l'épouse « *a indiscutablement trompé délibérément le juge conciliateur* ». Cette dernière affirme en outre que son contrat de travail s'est achevé depuis (en octobre 2007) mais elle ne fournit aucune information quant à ses revenus actuels. La cour en tire toutes les conséquences à savoir qu'elle supprime la pension alimentaire qui avait été prononcée au bénéfice de l'épouse (l'état de besoin n'étant plus démontré) et lui impose l'obligation de contribuer à l'entretien de l'enfant commun et ce, rétroactivement, les dispositions relatives à la pension alimentaire prenant effet à compter du jour de l'ordonnance de conciliation. La dissimulation par l'un des époux d'informations en vue de se soustraire à l'obligation de secours découlant du mariage mais également, et plus généralement, à ses obligations alimentaires ne saurait être tolérée par les magistrats dionysiens. En toile de fond de cette décision, on retrouve l'obligation de collaboration et plus précisément l'obligation de communication des éléments de preuve imposée à chaque époux par l'article 259-3 du Code civil dans le cadre de la procédure de divorce.

- **Survivance de l'obligation de fidélité entre époux :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 4 MARS 2008 – N° RG 06/01849

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 4 MARS 2008 – N° RG 07/01209

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

Il est heureux de constater que pour la Cour d'appel de Saint-Denis, la fidélité prévue à l'article 212 du Code civil demeure une obligation attachée au mariage et que l'adultère peut être cause de divorce même s'il n'est naturellement plus une cause péremptoire [CA SAINT-DENIS 4 MARS 2008 – N° RG 06/01849] [V. en ce sens également la position de la Cour de cassation : 1<sup>ère</sup> Civ. 11 janvier 2005, Bull. n°10]. L'épouse ne contestait d'ailleurs pas avoir entretenu des relations extra-conjugales et avoir vécu en concubinage avec son médecin. Ce dernier, au contraire, produisait une attestation affirmant n'avoir eu que des relations professionnelles avec sa patiente jusqu'à ce qu'elle soit séparée de son mari. Même si on accepte de croire à la version du médecin, la relation qui s'est alors engagée n'en était pas moins adultère dès lors que l'obligation de fidélité survit même en cas de séparation de fait ou de corps [V. sur ce point la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui considère que l'existence d'une séparation de fait entre époux ne leur procure pas une immunité privant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre dès lors que les conditions de l'article 242 du Cciv. sont vérifiées : V. par exemple à propos d'une liaison du mari postérieure à l'ordonnance de non-conciliation autorisant les époux à résider séparément : 2<sup>ème</sup> Civ. 8 novembre 1989, Bull. n°202. Tout au plus, la cour admet-elle que le devoir de fidélité puisse être considéré comme moins contraignant si la procédure de divorce s'installe dans la durée : 2<sup>ème</sup>

Civ. 29 avril 1994, Bull. n°123 : l'adultère avait été commis plus de 2 ans après l'ordonnance de non-conciliation autorisant les époux à résider séparément, ou encore 2<sup>ème</sup> Civ. 22 mars 1995, D. 1996, somm. p. 64, obs. Blary-Clément E.]. La Cour d'appel de Saint-Denis écarte l'argumentaire de l'amant en soulignant « que l'attestation de ce médecin, dont la perception des règles déontologiques de sa profession l'amène à vivre avec l'une de ses patientes, dont il reconnaît la fragilité, mérite d'être écartée au profit de celles produites devant les premiers juges ». Pour la cour d'appel, ces faits d'adultères ostensibles et réitérés permettent d'expliquer l'éloignement du mari qui n'est donc pas fautif et doivent conduire au prononcé du divorce aux torts exclusifs de l'épouse en application de l'article 242 du Code civil. Remarquons que les juges d'appel se rangent à la position de la Cour de Cassation qui a récemment abandonné les exigences formelles de l'article 242 concernant la double condition [V. le revirement issu de 1<sup>ère</sup> Civ. 11 janvier 2005 (6 décisions), Dr. famille 2005, comm. n°53, note Larribau-Terneyre V., 1<sup>ère</sup> Civ. 6 juillet 2005, Dr. famille 2005, comm. n°212, note Larribau-Terneyre V., 1<sup>ère</sup> Civ. 22 février 2007]. La Cour de cassation approuve désormais les cours d'appel de prononcer un divorce pour faute dès lors que le comportement de l'un des époux caractérise des injures graves et violations répétées des obligations du mariage bien qu'elles ne précisent pas que ledit comportement rend intolérable le maintien du lien conjugal. Tel est le cas dans notre espèce, la cour d'appel ne faisant aucune référence au caractère intolérable du maintien du lien conjugal. Par ailleurs, l'épouse qui sollicitait l'attribution d'une prestation compensatoire voit sa demande rejetée. Certes, le prononcé d'un divorce aux torts exclusifs n'exclut plus automatiquement, depuis la réforme issue de la loi n°2004-439 du 26 mai 2004, l'attribution d'une prestation compensatoire au bénéfice de l'époux fautif mais les magistrats estiment que la durée du mariage, la situation respective des époux et surtout leur qualification professionnelle n'imposent pas de mettre une telle prestation à charge du mari conformément aux prévisions de l'article 270 du Code civil. L'alinéa 3 de ce texte prévoit en effet que « le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture ». Les juges préférèrent se fonder sur les critères de l'article 271 pour rejeter, en équité mais avec une motivation étayée, la demande présentée.

Dans une autre espèce soumise à la cour, une épouse souhaitait obtenir une pension alimentaire postérieurement à l'ordonnance de non-conciliation au titre du devoir de secours, en application de l'article 255, 6° du Code civil [CA SAINT-DENIS 4 MARS 2008 – N° RG 07/01209]. Elle arguait pour ce faire de son état de besoin ainsi que de celui de son nouveau concubin avec lequel elle avait eu un enfant. La cour considère non seulement que la femme ne justifie pas de cet état de besoin exigé par l'article 208 du Code civil (aucune preuve d'une perte d'emploi ou d'une inscription à l'ANPE), mais elle considère en outre que la femme avoue son manquement aux obligations du mariage et plus précisément à l'obligation de fidélité découlant de l'article 212 du code. Le raisonnement des juges semblent jusque là irréprochable mais les magistrats ajoutent, curieusement, que « le manquement aux obligations du mariage par elle-même est de nature à relever le mari de son obligation au titre du devoir de secours, qui ne saurait être dévoyé pour entretenir indirectement un enfant adultérin et le concubin de l'épouse ». Quelle est cette forme de justice privée ? Certes, in fine la solution retenue semble équitable en terme d'analyse des torts respectifs dans le divorce mais le comportement du mari qui suspend le versement de la pension alimentaire due à sa femme n'en reste pas moins fautif.



## **2.2.2. Filiations – filiation biologique**

**Recherche de paternité naturelle. Action en constatation de possession d'état. Expertise biologique. Népotisme. Revanche de la Possession d'état.**

CA Saint Denis, chambre civile 29 janvier 2008, arrêt n° 08 / 25

*Eléonore CADOU, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

Le droit de la famille est depuis longtemps tourmenté par la difficile conciliation entre les composantes biologique et affective du lien de filiation. Dès 1902, Ambroise Colin dénonçait les hésitations du législateur qui, faute d'avoir su dissocier la filiation-fait naturel, de la famille-fait social, avait construit un droit aussi incohérent qu'inéquitable (*De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation*, R.T.D.Civ. 1902, p.257). A l'époque, l'impossibilité technique d'accéder à la vérité biologique, couplée à la volonté politique de privilégier la famille légitime, avait conduit à fonder le droit de la filiation sur un système de présomptions. Aux rangs de ces présomptions figuraient la possession d'état, dont l'érection en mode autonome d'établissement de la filiation (L. 25 juin 1982) aurait pu témoigner d'une victoire de la dimension affective sur la composante biologique. C'était sans compter sur l'accroissement des connaissances des lois de transmission des caractères héréditaires qui, en permettant l'élaboration du mode de preuve dit *scientifique*, a donné à la dimension biologique un essor inespéré.

De l'examen comparé des sangs à la technique des empreintes génétiques, la preuve scientifique a progressivement gagné une telle fiabilité qu'elle a finalement bouleversé tous les fondements du droit de la filiation. Passionnés par une technique qui leur permettait enfin d'accéder facilement à une vérité que tout homme a rêvé un jour de découvrir, les juges ont rapidement marqué leur préférence pour la preuve scientifique, aux dépens des modes de preuve traditionnels. Le point d'orgue de cette évolution a sans doute été l'arrêt du 28 mars 2000 (Bull. civ. I, n° 103), par lequel la Première chambre civile de la Cour de cassation a déclaré, dans une formule devenue célèbre, que "la preuve scientifique est de droit en matière de filiation" c'est-à-dire qu'elle s'impose aussi bien au juge, qui doit l'ordonner lorsqu'elle est réclamée, qu'aux parties, qui doivent *de facto* s'y soumettre. Les conditions étaient alors réunies pour que la preuve scientifique déferle sur tout le contentieux de la filiation, qu'il s'agisse d'établissement ou de contestation, de filiation paternelle ou maternelle, hors mariage ou en mariage, d'actions d'état ou même aux fins de subsides...

L'arrêt présenté témoigne que, contre toute attente, la possession d'état arrive encore à résister à l'activité phagocytaire de la preuve scientifique. Sans que le dispositif de l'arrêt n'ait à être remis en cause, il sera ici question de formuler quelques critiques sur les motifs retenus pour justifier tant le rejet des preuves traditionnelles (I) que celui de la preuve scientifique (II). Il nous restera alors à formuler une proposition de motifs alternatifs (III).

### **I- Le rejet des preuves traditionnelles : le népotisme comme présupposé**

**A-** En l'espèce deux frères, nés d'une femme mariée, cherchaient à établir un lien de filiation avec le fondateur d'un empire immobilier réunionnais. Ils demandaient d'abord aux juges de constater que la présomption de paternité n'avait pas joué à l'égard du mari de leur mère, puisqu'ils étaient tous les deux nés plus de trois cents jours après l'ordonnance autorisant les

époux à résider séparément. Cette première demande leur fut accordée facilement, par application de la règle de l'article 313 ancien du Code civil (conservé en substance par l'ordonnance du 4 juillet 2005).

Les demandes relatives à l'établissement d'un lien de filiation avec le défendeur n'eurent pas le même succès. En premier lieu la Cour constata que, les demandeurs étant majeurs depuis plus d'un quart de siècle, ils devaient être déclarés irrecevables dans leur action en recherche de paternité. Cette prescription était en l'espèce prononcée sur le fondement de l'ancien article 340-4 du Code civil, mais la solution n'aurait pas été différente si l'affaire avait été soumise à l'ordonnance du 4 juillet 2005, puisque l'article 321 nouveau du Code civil soumet l'action au délai maximum de dix ans après la majorité du demandeur.

Prévoyant sans doute cette fin de non-recevoir, les demandeurs avaient formé à titre subsidiaire une action en constatation de possession d'état. Ce choix se justifiait dans la mesure où, sous la loi ancienne, l'action en constatation d'état était frappée d'un délai trentenaire, suspendu pendant la minorité du défendeur (article 311-7 *ancien* du Code civil). Pour démontrer la paternité du défendeur, les frères produisaient des preuves en tous genres, comprenant les témoignages usuels (parmi lesquels figurait toutefois une attestation surprenante, dont l'auteur se qualifiait paradoxalement de "père adoptif" des demandeurs), ainsi qu'une attestation d'exercice professionnel au service du défendeur, et même un jugement correctionnel, duquel il résultait que les demandeurs avaient été condamnés du chef de violences sur la personne du défendeur...

*In fine*, les demandeurs réclamaient évidemment... l'ordonnance d'une expertise génétique.

**B-** Faisant usage de son pouvoir souverain d'appréciation, la Cour rejeta une à une toutes les preuves produites, estimant que les témoignages étaient peu probants ou contradictoires. Puis, après avoir finement relevé que le jugement correctionnel produit par les parties ne mentionnait pas la circonstance aggravante de ce que les faits auraient été commis sur un ascendant - ce qui démontrait que la juridiction pénale ne considérait pas les prévenus comme les fils de la victime - la Cour conclut aux motifs édifians selon lesquels :

" les appelants produisent un récapitulatif de leur carrière révélant qu'ils ont travaillé à plusieurs reprises pour (le défendeur) ; que cette pièce établit de façon définitive l'absence de possession d'état ; qu'en effet la société réunionnaise connaît un népotisme très fort où celui qui a réussi socialement fournit du travail non seulement à ses propres enfants, mais aussi aux membres de la famille, frères, sœurs, neveux, nièces, cousins etc... ; que compte tenu de la réussite économique (du défendeur), le fait qu'il n'ait pas pourvu les appelants d'un emploi fixe exclut qu'il les ait considérés comme ses fils "

En d'autres termes : en l'état du favoritisme atavique qui sévit notoirement dans l'île Bourbon, si les demandeurs avaient véritablement été les fils du défendeur, ils auraient nécessairement obtenu un bon poste dans l'entreprise de ce dernier... On reste évidemment perplexe devant ce motif, déduit hâtivement d'une observation pour le moins cavalière du fonctionnement de la société réunionnaise, et qui n'avait certainement pas sa place dans une décision de justice. On se prend à craindre qu'un juge ne décrète un jour qu'un commerçant orléanais est présumé pratiquer la traite des blanches, que la sardine marseillaise est sans conteste la plus grande du monde, ou qu'en l'absence de cancer du foie avéré, le demandeur ne peut raisonnablement se prétendre breton.

S'il n'intervenait pas de façon surabondante, ce motif général et abstrait aurait sans doute exposé l'arrêt à une cassation pour défaut de base légale.

## **II- Le rejet de la preuve scientifique : où l'on voit que la fin n'exclut pas le moyen**

Restait alors pour la Cour à se prononcer sur la demande d'expertise génétique. Faisant une nouvelle fois preuve de hardiesse, l'arrêt rejette la demande en considérant que "*l'expertise génétique est par nature contraire à l'action en établissement de la possession d'état qui repose exclusivement sur la réunion des éléments énumérés à l'article 311-2 du code civil ; qu'il convient de les en débouter*".

Si l'on est spontanément tentés de se réjouir que la possession d'état apparaisse ainsi comme le dernier bastion de résistance aux assauts de la preuve scientifique - ce qui signifierait que l'affection, le lien social et le temps qui passe ont encore un mot à dire contre la froide et tranchante réalité génétique - on est contraints en droit de déplorer le caractère expéditif de cet attendu.

**A-** La réponse de la Cour pêche en effet tant sur le terrain des modes de preuves admissibles, que sur celui de l'objet de la preuve.

Force est d'abord de rappeler que, la possession d'état étant une réunion de faits, sa preuve peut être rapportée par tout moyen (Cass. 1ère civ. 11 juillet 1988, Bull. civ. I n° 238 - Cass. 1ère civ. 20 décembre 1993, D. 1994, 398, note Massip), et il n'y a selon nous aucune raison d'exclure aussi abruptement la preuve scientifique du champs des modes de preuve possibles.

S'agissant ensuite de l'objet de la preuve, il est constant que la liste des indices énumérés par l'article 311-2 du Code civil (au nombre desquels on connaît les fameux éléments *nomen, tractatus et fama*) n'est qu'indicative, et non exhaustive (Cass. 1ère civ. 2 mars 1999, Dr. fam. 1999, n° 96, obs. Murat - Cass. 1ère civ. 16 mars 1999, Bull. civ. I n° 98). Il en découle que, non seulement les juges n'ont pas à constater la réunion de ces trois éléments pour retenir l'existence d'une possession d'état, mais qu'ils peuvent parfaitement se fier à d'autres éléments, comme par exemple le fait que le père supposé a accompli la déclaration de l'enfant à l'état civil, qu'il est intimement convaincu de sa paternité, ou que la ressemblance physique entre les parties au procès est patente - ce qui d'ailleurs montre bien que la preuve du lien biologique n'est pas exclue du champ de l'action en constatation de possession d'état.

En vérité, la seule condition effectivement posée par l'article 311-2 du Code civil est qu'il existe "une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre l'individu et la famille à laquelle il est dit appartenir" (conservé en substance par l'ordonnance de 2005).

En déclarant que la possession d'état repose "*exclusivement*" sur la réunion des éléments énumérés à l'article 311-2 du Code civil, l'arrêt commet donc ce que les juges de cassation considèrent généralement comme une violation par fausse interprétation de la loi.

**B-** L'affirmation des juges selon laquelle l'expertise génétique est *par nature* contraire à l'action en établissement de la possession d'état ne va pas non plus de soit.

Bien sûr on comprend l'idée de l'attendu, qui se nourrit de l'apparente nuance téléologique entre la possession d'état, dont la vocation première est d'établir l'existence d'une filiation sociale, et la preuve génétique, qui a pour objet de prouver la réalité du lien biologique. Mais on ne peut

ignorer que la possession d'état a été créée avant tout pour pallier l'impossibilité technique de rapporter la preuve biologique de la paternité, et que le système de présomption qu'elle instaure repose sur des faits rendant vraisemblable la réalité de la filiation : on déduit du comportement affectif et social des individus l'existence d'un lien biologique, selon le mécanisme classique du *plerumque fit*.

Il en résulte que la preuve scientifique a pour objectif de démontrer avec certitude ce dont la possession d'état tente d'établir la vraisemblance. Contrairement à ce que déclare la Cour ce n'est donc pas une différence de *nature* qui distingue la possession d'état de la preuve scientifique, c'est simplement le fait que l'une prouve davantage que l'autre... ce qui évidemment ne saurait justifier que la première fut écartée du champ des modes de preuves ouvert au demandeur.

La Cour de Saint Denis n'aurait donc pas dû exclure définitivement la preuve scientifique du contentieux de la possession d'état, sauf à considérer que l'on ne peut trouver simultanément les deux dimensions affective et biologique dans le même lien de filiation - ce qui irait directement à l'encontre de la réalité des choses, et de l'esprit du droit en cette matière. Au contraire, la preuve biologique devrait pouvoir venir au soutien des éléments de fait apportés par le demandeur, dès lors qu'ils ne permettent pas complètement de démontrer la filiation. La possession d'état et la preuve scientifique étant deux façons de prouver une même réalité - l'une fonctionnant indirectement par la voie de la présomption, l'autre par la désignation directe - elles devraient pouvoir agir de concert.

### **III- Une proposition de motifs alternatifs : la preuve scientifique n'est pas de droit dans l'action en constatation d'état**

Si les motifs employés par l'arrêt sont exposés à la critique, la Cour disposait pourtant d'arguments qui auraient pu étayer son raisonnement de façon plus satisfaisante.

Il est acquis en effet que les particularités de l'action en constatation de possession d'état justifient que l'on n'y impose pas l'accès à la preuve scientifique. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle considéré que, contrairement à ce qui est admis dans tout le contentieux de la filiation, l'expertise n'est pas *de droit* lorsqu'elle est réclamée pour soutenir une action en constatation d'état (Cass. 1ère civ. 6 décembre 2005, Bull. civ. I, n° 476 ; Dr. fam. 2006 n° 26, obs. Murat).

Une telle restriction permet d'éviter que l'action en constatation d'état ne serve à contourner avantageusement les conditions de l'action en recherche de paternité de l'article 332 du Code civil (ou, en l'espèce, de l'article 340 *ancien* du Code civil). En effet, dans la mesure où les conditions de délais sont plus favorables à l'action en constatation d'état (y compris dans le nouveau droit issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005, puisque les deux actions sont désormais soumises à une même prescription décennale, mais les points de départ sont différents) on comprend qu'on n'y favorise pas outre mesure l'accès du demandeur à la preuve scientifique. Une solution contraire pourrait aboutir à des situations paradoxales où, l'action en recherche de paternité étant prescrite, l'action en constatation de possession d'état serait accueillie pour des raisons purement génétiques, alors même qu'aucune relation d'ordre affectif et social n'aurait été tissée entre les deux parties.

Il apparaît donc que la Cour d'appel de Saint Denis aurait pu se contenter d'énoncer prudemment que, la preuve scientifique n'étant pas de droit dans ce type d'actions, les demandeurs devaient préalablement justifier de quelques commencements de preuve. On sait en

effet qu'en principe les mesures d'expertise ne doivent pas être ordonnées en vue de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve (art. 146 N.C.P.Civ.). Estimant souverainement qu'aucun des éléments avancés ne rendait plausible la filiation alléguée, la Cour pouvait alors parfaitement justifier le rejet de l'expertise génétique. Cela aurait permis d'aboutir au même résultat, sans passer par des affirmations heurtant le sens commun et la logique juridique.

## **2.2.2. Filiations – Contentieux structurel de la filiation**

- **Communication des actions relatives à la filiation au ministère public :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 06/01710

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 08/00763

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 08/00025

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

La Cour d'appel de Saint-Denis profite de différentes espèces qui lui sont soumises pour rappeler l'obligation issue de l'article 425, 1° du CPC à savoir l'obligation de communiquer au ministère public les affaires ayant trait à la filiation afin qu'il puisse émettre un avis. Cette procédure se comprend dès lors que le contentieux de la filiation, contentieux structurel, touche à l'ordre public familial. Cette obligation s'impose qu'il s'agisse d'une demande de changement de nom présentée en application des articles 334-2 et 334-3 Cciv. [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 06/01710], d'une requête en adoption simple [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 08/00763] ou d'actions à fins de subsides [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 08/00025]. Dans toutes ces hypothèses, la cour surseoit à statuer et ordonne la communication.

Ce rappel ne pose pas de problème pour ce qui est de la requête en adoption dès lors qu'il est expressément prévu à l'article 425, 1°. Il n'est pas davantage surprenant pour ce qui est de l'action à fin de subsides dans la mesure où il s'agit d'une confirmation d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation [1<sup>ère</sup> Civ. 7 octobre 1980, Bull. n°243 ; 1<sup>ère</sup> Civ. 29 mai 1985, Bull. n°168 ; 1<sup>ère</sup> Civ. 12 mai 1987, Bull. n°149 ; 2<sup>ème</sup> Civ. 17 octobre 2007, Bull. n°325] même si cela peut sembler discutable, l'action à fins de subsides n'établissant pas de lien de filiation entre le débiteur et le créancier de subsides. L'affirmation apparaît plus surprenante s'agissant de la demande de changement de nom. On peut songer à ce propos à effectuer un parallèle avec les actions relatives au droit de visite et d'hébergement : dans les deux cas, il s'agit de conséquences de la filiation or, la jurisprudence de la Cour de cassation considère que les prescriptions de l'article 425, 1° CPC ne sont pas applicables aux actions relatives au droit de visite et d'hébergement [1<sup>ère</sup> Civ. 17 juin 1986, Bull. n°172 ; 1<sup>ère</sup> Civ. 22 juillet 1987, Bull. n°251]. Le régime de communication des actions au ministère public se précise donc, progressivement, au gré des espèces et de manière parfois surprenante [V. en ce sens 1<sup>ère</sup> Civ. 25 juin 2008, Dr. famille 2008, comm. n°124, note Murat P.].

- **Possession d'état et recours à l'expertise :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 05/01590

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 29 JANVIER 2008 – N° RG 06/01569

Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maitre de conférences à l'Université de La Réunion.

La question du recours à l'expertise dans le cadre d'une action en constatation de possession d'état prévue à l'article 330 du Code civil (récemment modifié par la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005) a été posée à la Cour d'appel de Saint-Denis à la faveur d'une espèce en date du 19 août 2008 [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 05/01590]. Le père potentiel refusait de se soumettre à l'expertise et celle qui se prétendait sa fille demandait aux magistrats de tirer toutes les conséquences de ce refus. L'homme arguait du fait que l'action en recherche de paternité n'était pas ouverte à la demanderesse et qu'il n'avait pas à se soumettre à une expertise de sang dans le cadre de la procédure en constatation de possession d'état. Il est vrai que la possession d'état – classiquement envisagée comme une vérité sociale – peut apparaître aux antipodes de la vérité biologique révélée par l'expertise médicale. La cour d'appel n'est toutefois pas de cet avis. Elle rappelle que « *la possession d'état se prouve par tous les moyens, notamment par l'examen comparatif des sangs, lequel examen est de droit en matière de filiation, y compris dans le cadre de l'action à fins de subsides* ». Effectivement, s'agissant d'un fait juridique, sa preuve est libre. Cette solution de la cour d'appel semble compatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, si la Haute cour a eu l'occasion d'affirmer qu'en matière d'action en constatation de possession d'état, l'expertise biologique n'était pas de droit, elle ne l'a pas exclue non plus [1<sup>ère</sup> Civ. 6 décembre 2005, RTDCiv. 2006, p. 26, obs. Hauser J.]. Dès lors, le refus de se soumettre à l'expertise n'apparaît pas légitime et l'article 11 du Code de procédure civile autorise les juges du fond à interpréter souverainement ce refus, le cas échéant contre son auteur [V. en ce sens 1<sup>ère</sup> Civ. 11 juillet 2006, Bull. n°385, 1<sup>ère</sup> Civ. 7 juin 2006, Bull. n°291]. La cour souligne que « *le refus de s'y soumettre [à l'expertise] par l'intimé doit s'analyser comme la volonté de préférer voir déclarer une filiation sur un raisonnement juridique, que sur une certitude scientifique, résultat lui permettant sur le plan familial d'entretenir un doute et de sauvegarder certaines apparences* » et elle ajoute que ce refus « *doit être considéré comme un aveu de l'intimé qui savait que le résultat de cette expertise lui serait défavorable et établirait le lien de filiation entre lui et l'enfant* ». Cette décision s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui considère que « *l'intérêt supérieur de l'enfant à connaître son identité personnelle et à établir un lien juridique avec son géniteur, au nom de l'article 8 de la Convention EDH, suppose que le droit interne prévoit des dispositions procédurales adéquates et efficaces de nature à contourner le refus du défendeur de se soumettre à des tests ADN* » [Cour EDH 7 février 2002, « Mikulic c/ Croatie », RTDCiv. 2002, p. 866, obs. Marguénaud J.-P.].

La solution dionysienne du 19 août 2008 apparaît toutefois curieuse si on la rapproche d'un arrêt rendu par la même cour le 29 janvier 2008 [CA SAINT-DENIS 29 JANVIER 2008 – N° RG 06/01569]. Dans cette espèce, les requérants tentaient par tous moyens d'établir leur filiation : action en recherche de paternité, jeu de la possession d'état. Il s'agit d'une hypothèse d'application du droit antérieur à la réforme de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 dès lors que le jugement date du 24 avril 2006. En application des dispositions transitoires de l'ordonnance (article 20) quelques exceptions sont prévues au principe d'application immédiate qui permettent une survie de la loi ancienne (ainsi, par exemple, lorsqu'une instance a été introduite avant le 1<sup>er</sup> juillet 2006, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne qui est expressément déclarée applicable en appel et en cassation). Les requérants produisaient de nombreux éléments en vue de prouver leur possession d'état (attestations diverses mais également jugement désignant l'individu comme le père des appelants), éléments qui curieusement sont rejetés par la cour comme étant insuffisants pour emporter sa conviction au

sens de l'article 311-1 du Code civil. Par ailleurs, les appelants sollicitaient, de façon subsidiaire, une expertise génétique. La cour refuse d'accéder à leur demande en considérant que « *l'expertise génétique est par nature contraire à l'action en établissement de la possession d'état qui repose exclusivement sur la réunion des éléments énumérés à l'article 311-2 du Code civil* ». Elle les déboute de leur demande. Certes, l'acte de notoriété permet d'établir de manière privilégiée la possession d'état, *a fortiori* depuis la réforme de 2005 (Art. 317 Cciv. dans sa version issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005 modifié récemment en 2009) mais faut-il pour autant exclure tout autre mode de preuve ? La loi n°2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 a précisé les conditions de délivrance de l'acte de notoriété, confirmant ce qui était déjà acquis : l'acte de notoriété est délivré dès lors que l'on prouve la réunion d'un faisceau d'indices suffisants en application de l'article 311-1, or ces éléments de fait se prouvent par tout moyen.

Le rapprochement de ces deux espèces met en lumière un problème de cohérence dans la jurisprudence de la cour d'appel. Ce désordre mériterait d'être clarifié rapidement, en privilégiant la solution retenue dans l'espèce du 19 août 2008. En effet, avant ou après la réforme de 2005, il a toujours été admis que les éléments mentionnés à l'article 311-1 du Code civil – *nomen, tractatus et fama* – n'étaient pas des composantes limitatives de la possession d'état, pas plus d'ailleurs qu'elles ne sont des composantes impératives. Les juges peuvent tout à fait retenir d'autres éléments non visés par le texte pour établir la possession d'état tels que des attestations de vie commune, lettres, photographies et, pourquoi pas, une expertise génétique.

### **2.2.2. Filiations – Contentieux fonctionnel de la filiation**

- **Obligation de preuve incombant aux parties :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 4 MARS 2008 – N° RG 06/01847

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, ordonnance 1<sup>er</sup> juillet 2008 – N° RG 07/01016

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 4 MARS 2008 – N° RG 07/00445

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 4 MARS 2008 – N° RG 07/01574

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

La Cour d'appel de Saint-Denis a eu à se prononcer sur la valeur des mains courantes en tant que mode de preuve des allégations des parties dans le contentieux fonctionnel de la filiation [CA SAINT-DENIS 4 MARS 2008 – N° RG 06/01847]. La mère faisait valoir que le père entravait l'exercice de son droit de visite et d'hébergement. Elle se prévalait de trois déclarations de main-courante mais ne produisait aucun dépôt de plainte au soutien de ses dires. Les magistrats soulignent, sans hésitation aucune, que « *dans ces conditions une déclaration de main courante correspond à se constituer une preuve à soi même en l'absence de tout autre élément de preuve* ». La déclaration unilatérale non corroborée par un élément extérieur ne peut valoir preuve d'un fait juridique. Par ailleurs, la mère sollicitait une modification de la résidence habituelle des enfants en vue de sa fixation chez elle. Là encore, les juges rejettent sa requête faute de preuve suffisante. La fixation de la résidence des enfants résultait d'un accord antérieur des parents, or les magistrats insistent sur le fait que la mère – demanderesse – « *ne démontre pas que cet accord serait contraire à l'intérêt des enfants, alors même que ne sont contestées les*

*qualités éducatives du père* ». Les juges statuent, conformément aux prévisions de l'article 373-2-11 du Code civil, en prenant en considération les accords antérieurement conclus entre les parents, aucun élément nouveau permettant de remettre en cause l'organisation décidée.

La cour d'appel semble également soucieuse de faire respecter les règles relatives à la charge de la preuve et de ne pas tolérer un développement outrancier des mesures d'instruction. Les parties doivent prouver les éléments au soutien de leur prétention et les mesures d'instruction (telles qu'une comparution personnelle) n'ont pas pour vocation de suppléer leur carence dans l'administration de la preuve [L'article 146 du Code de procédure civile est très clair sur ce point lorsqu'il prévoit qu'«une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver», et l'alinéa 2 de poursuivre : « En aucun cas, une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve ». V. également déjà en ce sens panorama 2007]. Il appartient donc au demandeur à la mesure d'établir la pertinence et la nécessité de ladite mesure. Dans notre espèce, la demande de comparution personnelle est donc rejetée sur le fondement de l'article 9 du Code de procédure civile [CA SAINT-DENIS – ORDONNANCE 1<sup>ER</sup> JUILLET 2008 – N° RG 07/01016].

La cour d'appel n'hésite pas en outre à sanctionner le refus de l'un des parents de communiquer les informations utiles dans le cadre de la fixation des modalités d'exercice de l'autorité parentale. En l'espèce, la sanction prend la forme de la suspension du droit de visite et d'hébergement du père, faute pour ce dernier d'avoir répondu à la demande – légitime – de renseignements sur ses conditions d'accueil présentée par la mère. La cour se refuse à multiplier et systématiser les mesures d'instruction [CA SAINT-DENIS 4 MARS 2008 – N° RG 07/00445]. Signalons qu'une enquête sociale avait déjà été diligentée en première instance. L'enquête sociale et la contre-enquête sont à la disposition du juge (Art. 373-2-12 Cciv.), non à celle des parties. Le défaut de collaboration constitue ainsi les « motifs graves » requis à l'article 373-2-1 alinéa 2 du Code civil.

Dans une autre espèce, l'appelante – la mère – prétendait qu'il y avait eu réconciliation des parties sans toutefois en apporter la preuve. La cour d'appel confirme dans ces conditions la décision du juge de 1<sup>ère</sup> instance fixant la résidence habituelle des enfants chez leur père et attribuant à la mère un droit de visite et d'hébergement [CA SAINT-DENIS 4 MARS 2008 – N° RG 07/01574]. Au-delà du manquement à son obligation d'apporter la preuve de ses allégations en application de l'article 9 du Code de procédure civile, c'est plus généralement le refus de collaborer de la mère que la cour sanctionne, là encore, en rejetant sa requête (idée de collaboration inspirant l'article 373-2 du Cciv.). Cette dernière ne s'était même pas présentée en 1<sup>ère</sup> instance lorsque le père sollicitait l'inscription d'une interdiction de sortie du territoire sans le consentement des deux parents pour les enfants par crainte que la mère n'emmène les enfants hors du département.

- **Exercice unilatéral de l'autorité parentale :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N°RG 08/00382

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

L'exercice conjoint de l'autorité parentale s'est imposé comme le principe gouvernant la dévolution de l'autorité parentale depuis la loi n°93-22 du 8 janvier 1993, confortée par la loi n°2002-305 du 4 mars 2002. Toutefois, les magistrats peuvent, par exception, opter pour un



exercice unilatéral de l'autorité parentale en application des alinéas 2 et 3 de l'article 372 du Code civil. En l'espèce, la reconnaissance de l'enfant par le père s'était faite tardivement – 4 ans après sa naissance – qui plus est, cette reconnaissance était intervenue un mois ½ avant d'engager une action en justice en vue d'obtenir l'exercice conjoint de l'autorité parentale... elle apparaissait dictée par la conjoncture [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N°RG 08/00382]. Les magistrats considèrent que l'intérêt de l'enfant ne commande pas de revenir à un exercice conjoint. Ils refusent donc de faire application de la possibilité offerte par l'article 372 alinéa 3 du Code civil de rétablir l'exercice en commun de l'autorité parentale par décision de justice. Par ailleurs, concernant la demande de droit de visite et d'hébergement formée par le père, les juges rappellent que seuls des « motifs graves » peuvent faire obstacle à un tel droit (Art. 373-2-1 al. 2 du Cciv.), motifs qui n'existent pas en l'espèce. Mais ils soulignent également que le père ne fournit aucune information quant aux conditions dans lesquelles l'enfant sera hébergé et que la séparation des parents s'est faite sur fond de violence... d'où l'attribution d'un droit de visite progressif et encadré dans un lieu neutre (Articles 373-2-1 al. 3 et 373-2-9 al. 3 du Cciv.).

- **Résidence de l'enfant :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N°RG 07/02191

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N°RG 07/01475

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 5 FEVRIER 2008 – N°RG 05/02001

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 5 FEVRIER 2008 – N°RG 05/00940

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 3 JUILLET 2008 – N°RG 08/01130

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maitre de conférences à l'Université de La Réunion.*

Si la tendance générale qui se dessine au niveau législatif (Art. 373-2-9 du Cciv. issu de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002) et jurisprudentiel est incontestablement en faveur de la résidence alternée, il arrive que les magistrats refusent le prononcé de cette modalité d'organisation de la vie de l'enfant en faisant preuve de réalisme. C'est ainsi que la cour d'appel a pu décliner une demande de résidence alternée qui lui était présentée du fait du conflit aigu existant entre les parents. La cour relève que « *compte tenu de l'état d'esprit des parents, une résidence alternée ne pourrait aboutir qu'à mettre les enfants encore au cœur d'un conflit dont ils ne doivent pas être l'enjeu, qu'un tel mode de résidence serait manifestement contraire à leur intérêt* » [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N°RG 07/02191]. Si cet argumentaire semble devoir recevoir une entière approbation, plus contestable apparaît la motivation qui assortit le choix du lieu de résidence des enfants. La cour affirme en effet que « *compte tenu de leur âge (9, 8 et 4 ans) et s'agissant de deux filles et un garçon, l'intérêt des enfants commande que la résidence reste fixée chez la mère* ».

Dans d'autres espèces, le refus de la résidence alternée peut apparaître plus surprenant. Evoquons, en guise d'illustration, un arrêt en date du 19 août 2008 [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N°RG 07/01475]. La mère souhaitait, à titre principal, le transfert de la résidence des enfants chez elle et sollicitait, subsidiairement, le prononcé d'une résidence alternée. Les deux enfants ayant toujours vécu dans la maison où habite leur père et ayant exprimé – au cours de l'enquête sociale – un besoin de stabilité, la fixation de la résidence habituelle des enfants chez la mère est refusée. Dans l'intérêt des enfants, les juges décident du maintien des enfants chez leur père. Quant à la résidence alternée, après avoir pourtant pris note du déménagement récent de la mère qui s'est installée dans la même commune que le père, la cour d'appel refuse d'accéder à

cette demande qui selon elle, « *se heurte au souhait de stabilité exprimé par les enfants lors de l'enquête sociale* ». La suite de l'argumentaire n'emporte pas davantage la conviction : les magistrats notent « *qu'il y a lieu par ailleurs de relever le désaccord des parents sur ce point* » (ce qui est presque toujours le cas dans l'hypothèse d'un contentieux post-divorce) et par conséquent « *que l'intérêt des enfants commande de débouter [la mère] de sa demande de garde alternée* ». Au-delà du dérapage terminologique (le terme « garde alternée » ayant été banni en même temps que celui de « garde » a disparu), on peut regretter quelques failles dans la motivation. L'âge des enfants (10 et 14 ans) ainsi que la proximité des domiciles parentaux pouvaient laisser envisager une résidence alternée, ne serait-ce qu'à l'essai. La cour d'appel a sans aucun doute eu des raisons valables pour refuser ce mode d'organisation de l'autorité parentale mais elles n'apparaissent malheureusement pas. Le conflit entre les parents était-il particulièrement exacerbé ?

Par ailleurs, la résidence alternée, lorsqu'elle est prononcée n'a pas à prévoir une répartition rigoureusement égalitaire du temps de présence avec chaque parent. Cette règle établie [1<sup>ère</sup> Civ. 25 avril 2007, Bull. n°156, Dr. famille 2007, comm. n°143, obs. Murat P.] est réaffirmée par la Cour d'appel de Saint-Denis à la faveur d'une décision du 5 février 2008 [CA SAINT-DENIS 5 FÉVRIER 2008 – N°RG 05/02001]. Dans cette espèce, la mère entendait remettre en cause l'organisation des conditions de vie des deux enfants sous forme de résidence alternée mise en place depuis 2004 et qui fonctionnait parfaitement jusque là (alternance hebdomadaire égalitaire) dans la mesure où le père bénéficiait d'un droit de visite et d'hébergement supérieur à elle pendant les vacances (il s'était vu attribuer l'intégralité du mois de janvier). Les juges d'appel refusent que la mère revienne sur l'accord donné au moment du divorce. La position des juges est certes louable, mais leur argumentation prête le flanc à la critique. Ils affirment « *qu'il n'apparaît pas conforme à l'intérêt des enfants de modifier, en la rendant plus complexe, une situation qui n'a soulevé jusqu'ici aucune difficulté* ». On peut alors s'interroger : en quoi la proposition formulée par la mère est-elle plus complexe ? La répartition qu'elle sollicite est des plus classiques et des plus simples. Sans doute, l'accueil plus que mitigé réservé à la demande de la mère s'explique-t-il par les considérations financières qui semblent la motiver et la question du rattachement fiscal qui intervient dans sa requête. Il s'agit probablement également d'une prise en considération des pratiques antérieurement observées (Art. 373-2-11, 1° du Cciv.)

La résidence de l'enfant est automatiquement fixée chez l'un de ses parents lorsque l'autre n'offre pas de conditions d'accueil satisfaisantes. Une espèce soumise à la cour d'appel illustre ce cas de figure et concernait des faits d'humiliations et de violences quotidiennes exercées par la mère et la grand-mère à l'égard de l'enfant âgé de 16 ans [CA SAINT-DENIS 5 FÉVRIER 2008 – N°RG 05/00940]. Le rapport d'enquête sociale ne laisse place à aucun doute, ce qui justifie, pour la cour d'appel, le refus de fixer la résidence de l'enfant chez sa mère. On s'étonnera toutefois, au vue des circonstances de l'espèce, que la cour n'accède pas à la demande de suspension du droit de visite et d'hébergement présentée par le père. Le rapport d'enquête sociale évoquait pourtant « *la situation préoccupante* » de l'enfant (information que souligne la cour d'appel). Celle-ci estime néanmoins qu'« *il n'apparaît cependant pas opportun, dans l'intérêt de l'enfant, de suspendre le droit de visite et d'hébergement* » de la mère. N'y avait-il pourtant pas, en l'espèce, des « motifs graves » au sens de l'article 373-2-1 alinéa 2 du Code civil ?

La modification de la résidence habituelle de l'enfant est souvent liée à la mobilité de l'un de ses parents. Si la Cour d'appel de Saint-Denis a tendance à sanctionner le « déparcalcul » de l'un des parents pour la métropole destiné à entraver les prérogatives d'autorité parentale de l'autre [V. dans le même sens 1<sup>ère</sup> Civ. 4 juillet 2006, Bull. n°339. V. également panoramas 2006 et surtout 2007], la cour n'entend pas refuser systématiquement la demande d'attribution de la résidence de l'enfant présentée par le parent qui déménage. Ainsi, quand le père respecte les droits de la mère, l'avertit de son projet avec diligence et fait preuve de bonne

volonté dans l'organisation des modalités d'autorité parentale, sa demande peut être couronnée de succès [CA SAINT-DENIS 3 JUILLET 2008 – N°RG 08/01130] [V. dans le même sens : CA Toulouse 27 juin 2000, Dr. famille 2000, comm. n°95, note Murat P. : *Le seul déménagement d'un parent – qui en l'espèce bénéficiait de la résidence habituelle de l'enfant – ne peut, à lui seul, justifier un transfert de la résidence de l'enfant à l'autre*]. Il faut, en la matière, rechercher ce qu'exige l'intérêt supérieur de l'enfant conformément aux exigences de l'article 3-1 de la Convention Internationale des droits de l'enfant et de l'article 373-2 du Code civil [V. 1<sup>ère</sup> Civ. 13 mars 2007, Bull. n°103].

- **Droit de visite et d'hébergement :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 1<sup>ER</sup> AVRIL 2008 – N°RG 06/01199

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

La Cour d'appel de Saint-Denis est parfois confrontée à des demandes contradictoires de l'un des parents à propos du droit de visite et d'hébergement de l'autre, demandes auxquelles elle ne donne pas d'écho. En l'espèce, la mère s'opposait initialement au droit de visite et d'hébergement du père à l'égard des trois enfants mais sans reprendre cette requête dans ses conclusions. En appel, elle demandait à ce que les droits du père soient réservés à l'égard de la plus jeune enfant et sollicitait une enquête sociale [CA SAINT-DENIS 1<sup>ER</sup> AVRIL 2008 – N°RG 06/01199]. Les magistrats soulignent les contradictions dans l'argumentation de la mère et relèvent l'absence de « motifs graves » de nature à faire obstacle à l'exercice des droits parentaux du père (Art. 373-2-1 al. 2 du Cciv.). Les juges refusent que la mère se contente de solliciter une enquête sociale sans argumenter sa demande de mesure d'instruction.

Cette espèce soulevait également la question de l'inscription sur les passeports des enfants d'une interdiction de sortie du territoire conformément à l'article 373-2-6 alinéa 3 du Code civil. Le tribunal avait exigé l'inscription sur le passeport des deux parents de l'interdiction de sortie des enfants du territoire français sans leur autorisation conjointe, sans doute du fait de la situation conflictuelle existant entre eux. La mère demandait en appel à ce que cette inscription ne soit portée que sur le passeport du père arguant de sa crainte que le père ne quitte le territoire en emmenant les enfants. Elle entendait être personnellement dispensée de cette inscription sans toutefois établir qu'elle ne présentait pas un risque équivalent. L'argumentaire de la mère était donc peu convainquant mais la réponse de la cour d'appel ne l'est guère davantage. Les magistrats relèvent que « *les parents exercent l'autorité parentale conjointe* » et « *qu'il n'y a pas de raison à ce que [la mère] qui craint que le père ne quitte le territoire français avec ses enfants, et réclame que cette obligation soit imposée à ce dernier, en soit elle-même dispensée* ». La motivation des magistrats apparaît peu argumentée.

- **Audition de l'enfant :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01654

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 1<sup>ER</sup> JUILLET 2008 – N°RG 07/01101

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

L'article 388-1 du Code civil relatif à l'audition de l'enfant donne parfois lieu à des applications audacieuses ou curieuses. L'application est audacieuse lorsque les magistrats de la cour d'appel ordonnent une audition de l'enfant par visioconférence, modalité permettant d'apporter une solution à l'éloignement géographique (en effet, le juge saisi de l'affaire est un juge dionysien alors que l'enfant réside chez son père en métropole) et à laquelle les deux parents ont consenti [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01654]. L'application de l'article 388-1 du Cciv. apparaît des plus curieuses lorsque, confrontés à la demande d'audition de deux frères et sœurs d'âge différents, les juges affirment « *qu'aucun élément n'est opposé à la demande d'audition des deux enfants* » et que « *si X... apparaît encore jeune, il apparaît opportun de l'entendre compte tenu de l'audition d'Y... âgée de 13 ans* » [CA SAINT-DENIS 1<sup>ER</sup> JUILLET 2008 – N° RG 07/01101]. L'argumentaire de la cour d'appel laisse sceptique et semble difficilement compatible avec l'esprit de l'article 388-1 qui invite à faire un traitement différencié en fonction du discernement de chaque enfant. Le discernement ne serait-il qu'une question d'âge ?

- **Pension alimentaire :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 1<sup>ER</sup> AVRIL 2008 – N° RG 06/01433

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 4 MARS 2008 – N° RG 06/01849

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 4 MARS 2008 – N° RG 07/01071

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01424

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 06/01537

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

La cour d'appel saisit toute occasion pour rappeler des règles de base de procédure civile et réaffirmer sa liberté lorsqu'elle statue sur un litige. Elle rejette ainsi le principe de l'autorité de chose jugée des mesures provisoires sur la décision définitive relative aux conséquences du divorce mais rappelle également la prohibition des arrêts de règlement [CA SAINT-DENIS 1<sup>ER</sup> AVRIL 2008 – N° RG 06/01433]. Ainsi, la cour d'appel ne s'estime pas tenue par la position qu'elle avait elle-même précédemment adoptée lorsqu'elle a statué sur les mesures provisoires relatives à la séparation et plus précisément à la fixation de la pension alimentaire due pour les enfants.

Les juges de Saint-Denis mènent également une guerre sans relâche contre les parents qui souhaiteraient se dérober à leurs obligations alimentaires. Ainsi, par exemple, la cour d'appel considère que si la situation financière de l'un des parents a changé depuis l'ordonnance de non-conciliation mais que ce changement résulte du propre fait de l'intéressé qui entend privilégier un investissement et contracter un prêt (en l'espèce pour l'acquisition d'un terrain agricole) au détriment de ses obligations alimentaires, il ne doit pas être tenu compte de ce changement dans la détermination de ses charges et donc des obligations alimentaires auxquelles il est tenu [CA SAINT-DENIS 4 MARS 2008 – N° RG 06/01849]. De même, la cour entend sanctionner les dissimulations de revenus. Elle n'hésite pas à affirmer, qu'« *en l'absence de toute pièce comptable ou bancaire permettant d'évaluer la réalité de ses revenus, et compte tenu du caractère manifestement inexact des pièces produites desquelles il résulte que [le père] gagnerait moins que le RMI, il doit être considéré que celui-ci refuse de faire connaître ses revenus à la Cour* » [CA SAINT-DENIS 4 MARS 2008 – N° RG 07/01071]. Les magistrats ne sont pas dupes : le père exerçant une activité artisanale – exposée, comme le relève la cour, aux aléas

économiques – déclarait curieusement des revenus annuels exactement identiques deux années de suite. Par ailleurs, ses déclarations apparaissaient manifestement mensongères.

Si les parents ne doivent pouvoir se soustraire à leurs obligations alimentaires, il n'en reste pas moins qu'il appartient au demandeur à l'action (créancier potentiel de la pension alimentaire) d'établir son état de besoin conformément aux exigences de l'article 208 du Cciv. La cour d'appel est très claire sur ce point et distingue les périodes en fonction de la situation de l'enfant : lorsque celui-ci poursuit des études, il peut prétendre à une telle pension ; si par la suite il travaille, la pension n'est plus due ; si enfin il arrête de travailler, il lui incombe de prouver son état de besoin (inscription comme demandeur d'emploi à l'ANPE et recherche effective d'un emploi ou reprise d'études) [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01424], autrement dit qu'il n'est pas à même d'assurer sa subsistance en exerçant une activité rémunérée. La cour se montre résolument attachée à l'idée selon laquelle ces pensions ne doivent pas être une incitation à l'oisiveté. Ainsi par exemple, il ne suffit pas pour une jeune femme majeure qui a arrêté ses études de prétendre qu'elle est perturbée par le divorce de ses parents si aucune pièce médicale n'établit son inaptitude au travail [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 06/01537].

### **2.2.3. Désunions**

- **Procédure de divorce, respect du contradictoire et défaillance du conseil :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01654

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

Le contradictoire est un principe fondamental de notre procédure civile rappelé à l'article 16 du Code de procédure civile. Le contentieux familial ne fait pas exception à cette règle. En l'espèce, le père avait rencontré des difficultés pour assurer sa défense. L'avocat qui lui avait été désigné au titre de l'aide juridictionnelle faisait partie d'une SELARL mise en liquidation judiciaire. Plusieurs renvois ont alors été effectués pour permettre la désignation d'un nouvel avocat. Devant la carence du bâtonnier, le père s'est résolu à s'attacher lui-même les services d'un conseil qui a sollicité un nouveau renvoi compréhensible du fait de la proximité de l'audience. La cour d'appel considère que le tribunal a violé le principe du contradictoire en refusant le renvoi sollicité par le père et son conseil [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01654]. Elle note en effet « *que si des renvois ont été ordonnés, ils ne l'ont jamais été à la demande [du père] mais en raison de la carence de son conseil dont il n'était pas avisé ; que le renvoi sollicité était le premier de la part [du père]* ». Elle conclut « *qu'en refusant ce renvoi motivé tant par les péripéties subies par [le père] que par l'éloignement géographique, le premier juge a privé le défendeur de présenter ses moyens ; qu'il a ainsi violé le principe du contradictoire* ». Cette violation conduit naturellement à l'annulation du jugement entrepris.

- **Caractère fautif du refus d'un divorce religieux ?**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 06/00227

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

Dans une espèce soumise à la cour d'appel, l'épouse reprochait à son mari de lui avoir causé un préjudice en lui refusant le *talak* c'est-à-dire le divorce religieux et sollicitait par conséquent des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 06/00227]. La cour d'appel refuse d'indemniser l'épouse. La motivation retenue apparaît cependant curieuse et ne répond pas véritablement à la question posée. La cour souligne tout d'abord le caractère laïc du mariage républicain qui interdit de célébrer un mariage religieux avant le mariage civil, interdiction sanctionnée par l'article 433-21 du Code pénal. Elle poursuit en indiquant que « même si le cas n'est pas pénalement puni, tout divorce religieux serait dépourvu de valeur légale avant le prononcé du divorce civil » et que, par conséquent « ne saurait dès lors être fautif sur le plan civil, le refus de consentir un divorce religieux avant sa dissolution légale ». Que la laïcité du mariage s'étende jusqu'à sa dissolution paraît aller de soi. On peut néanmoins rester songeur à la lecture de l'attendu de la cour d'appel : doit-on en déduire que le refus de consentir un divorce religieux après la dissolution légale du mariage pourrait être fautif ? Par ailleurs, que la dissolution légale du mariage doive intervenir en premier lieu est une chose, ceci n'empêche pas toutefois d'envisager qu'une « promesse » d'un divorce religieux non-honorée puisse occasionner un préjudice engendrant une possible indemnisation. Cette décision soulève décidément de nombreuses interrogations.

- **Divorce pour altération définitive du lien conjugal, preuve de la cessation de la vie commune**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 07/00709

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01543

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal offre une échappatoire à l'époux qui ne souhaite pas rester prisonnier des liens du mariage mais qui ne peut s'entendre avec son conjoint sur le principe du divorce ou qui ne parvient pas à établir de faute à sa charge. Précisons que cette cause de divorce est toujours envisagée subsidiairement lorsque une autre cause (un divorce pour faute, par exemple) est invoquée simultanément [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 07/00709].

Ce cas de divorce repose sur le constat objectif d'une cessation de la vie commune depuis 2 ans au jour de l'assignation (Article 237 du Cciv.). Il apparaît donc relativement peu exigeant, surtout depuis la réforme de 2004. Toutefois, la cour d'appel veille et distingue très clairement la preuve d'une résidence séparée de la preuve de la fin de la vie commune [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01543]. Pour les magistrats, si la résidence séparée des époux peut se prouver par la production d'un bail au seul nom de l'un d'entre eux (encore faut-il que ce bail soit régulièrement conclu), la preuve de la fin de la vie commune ne peut se réduire à la preuve d'une résidence séparée des époux [V. en ce sens 2<sup>ème</sup> Civ. 31 janvier 1980, GP 1980, I, 229, note Viatte : cette espèce distingue l'ordonnance de non-conciliation autorisant la résidence séparée des époux de la cessation de vie commune]. Selon la cour d'appel, une résidence séparée n'exclut pas une vie commune. Les juges précisent cependant la preuve qui aurait pu emporter leur conviction : la production d'un avis d'imposition séparé établit, selon eux, la volonté de mettre fin à la vie commune. L'idée sous-jacente semble de bon sens : si les époux veulent faire acter une situation de fait qui est l'altération définitive du lien conjugal, encore faut-il qu'ils se

soient mis dans la logique de ne plus profiter des avantages découlant du mariage (imposition commune) pendant la période de séparation de fait.

- **Détermination du montant d'une prestation compensatoire :**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01078

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 19 AOUT 2008 – N° RG 07/00709

*Cathy POMART-NOMDÉDÉO, Maître de conférences à l'Université de La Réunion.*

En matière de prestation compensatoire, comme en matière de pension alimentaire, la Cour d'appel de Saint-Denis attache de l'importance à l'idée selon laquelle l'octroi d'une prestation compensatoire ne doit pas être une incitation à l'oisiveté. Ainsi, une femme entendait obtenir une augmentation de la prestation compensatoire que les premiers juges lui avaient attribuée, prestation fixée à hauteur de 18 000 euros [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 07/01078]. La cour d'appel refuse d'accéder à sa demande insistant sur les revenus et charges respectifs des époux mais aussi et surtout en soulignant l'argumentaire des premiers juges : « *au moment du prononcé de la séparation de corps [la femme] était alors âgée de 49 ans, et, sans enfant à élever à cette époque là, pouvait se former et travailler pendant au moins une dizaine d'années, ce qu'elle s'était abstenue de faire* ».

Dans une espèce quelque peu similaire, la cour relève que « si [l'épouse] n'a pas de qualification professionnelle, elle n'est âgée que d'une quarantaine d'année et peut donc jusqu'à l'âge prévisible de la retraite suivre une formation professionnelle. Et ce, d'autant plus, qu'elle n'élève pas l'enfant commun depuis que cette dernière est allée vivre chez son père au moment de la séparation des époux » [CA SAINT-DENIS 19 AOUT 2008 – N° RG 07/00709].

Une prestation compensatoire d'un montant de 50 000 euros est cependant attribuée à l'épouse par les magistrats dans la seconde espèce eu égard au temps consacré à sa famille mais aussi et surtout parce que l'époux, qui « *travaillait à un poste de cadre à La Réunion et avait démissionné sans égard à ses obligations juridiques et humaines vis-à-vis de son épouse* ». De là à soupçonner une volonté d'organisation de son insolvabilité, il n'y a qu'un pas que la cour franchit.